

GILBERTO BERCOVICI

J. 17539
C. 417686

*CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA
E DESENVOLVIMENTO*

*uma leitura a partir
da Constituição de 1988*

 **MALHEIROS
EDITORES**

direitos de prestação,²¹ inclusive desenvolvendo a idéia do “mínimo existencial” com base no princípio da dignidade da pessoa humana.²²

A reserva da Lei Fundamental alemã em explicitar uma Constituição Econômica talvez se deva à tentativa de evitar a repetição do ocorrido em torno da Constituição de Weimar, que incorporava os direitos sociais e as disposições relativas à ordem econômica de maneira bem clara,²³ como vimos, e do seu próprio caráter de “Constituição provisória”, que deveria vigorar até a reunificação do povo alemão (art. 146). Embora, mesmo com a reunificação da Alemanha, a Lei Fundamental tenha permanecido como Constituição alemã, a sua Constituição Econômica permaneceu implícita. O que há na atualidade é, em virtude do processo de integração européia, uma maior liberalização das políticas econômicas alemãs.²⁴

em torno da idéia de Estado Social na Alemanha foi muito intenso na década de 1950, com autores defendendo a incompatibilidade entre Estado Social e Estado de Direito em uma mesma Constituição (Ernst Forsthoff) e outros afirmando a integração possível e necessária do Estado Social de Direito (Wolfgang Abendroth). Vide a coletânea dos principais artigos deste debate em Ernst Forsthoff (org.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays*, e, ainda, Gilberto Bercovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social*, cit., pp. 136-139.

21. Peter Häberle, “Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat”, in *Verfassung als öffentlicher Prozeß – Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, pp. 445-466. Vide, também, Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, cit., pp. 79-80 e 83-84.

22. Vide Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 308 e ss.

23. Sobre a interpretação da Lei Fundamental como uma “negação” da Constituição de Weimar e para a crítica a esta posição, vide Carlo Amirante, *Diritti Fondamentali e Sistema Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, cit., pp. 70 e 200-208, e “Il Modello Costituzionale Weimariano: Fra Razionalizzazione, Leadership Carismatica e Democrazia”, *Democrazia e Forma di Governo: Modelli Stranieri e Riforma Costituzionale*, cit., pp. 368-369.

24. Sobre as mudanças institucionais recentes da União Européia e seus reflexos nas concepções de soberania, vide Enrique Ricardo Lewandowski, *Globalização, Regionalização e Soberania*, pp. 165-193, 261-271 e 273-292. Para uma análise do “Direito Constitucional Econômico Europeu”, fundado expressamente na economia de mercado, vide Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, cit., pp. 535-559. A esta opção explícita pela economia de mercado e pela livre concorrência tem gerado problemas nas relações entre a União Européia e as Constituições Econômicas nacionais. Em virtude disso, segundo Natalino Irti, há a constante desaplicação das Constituições Econômicas nacionais, embora isto não transforme as diretivas comunitárias em nova Constituição Econômica dos países-membros da União Européia. Irti defende a reforma constitucional como meio de superar este impasse. Cf. Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, cit., pp. 21-31 e 97-103. Ainda sobre as mutações das Consti-

1.3 A experiência brasileira de Constituição Econômica²⁵

Seguindo o exemplo da Constituição de Weimar,²⁶ a grande inovação da nossa Constituição de 1934 foi, justamente, a inclusão de um capítulo referente à Ordem Econômica e Social (Título IV, arts. 115 a 140).²⁷ A ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional (art. 115). Era permitido à União monopolizar determinado setor ou atividade econômica, desde que agisse segundo o interesse público e autorizada por lei (art. 116). Há no texto constitucional, também, a preocupação com o fomento da economia popular (art. 117), sendo este o motivo que justificaria a proteção da concorrência entre as empresas, pois se buscava a garantia de melhores preços, de desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento normalizado dos vários produtos.²⁸ A propriedade do subsolo era separada da propriedade do solo e as minas e jazidas deveriam ser nacionalizadas (arts. 118 e 119). Podemos considerar, portanto, a Constituição de 1934 como a primeira “Constituição Econômica” do Brasil.

A Constituição de 1934 procurou, também, uma nova estruturação para o federalismo brasileiro, que podemos denominar cooperativo, de acordo com seu art. 9º.²⁹ O art. 10 dessa Constituição fixou, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a repartição das compe-

tuições Econômicas na Europa geradas pelo processo de unificação comunitária, com uma posição de defesa da Constituição nacional como fator de integração política, vide Miguel Herrero de Miñón, “La Constitución Económica: Desde la Ambigüedad a la Integración”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 57/11-32, esp. pp. 25-33.

25. Para um estudo detalhado e comparativo das Constituições brasileiras, vide Washington Peluso Albino de Souza, “A Experiência Brasileira de Constituição Econômica”, in *Teoria da Constituição Econômica*, cit., pp. 101-142.

26. Também exerceram influência sobre os autores da nossa Constituição de 1934, embora em menor escala, a Constituição do México, de 1917, e a Constituição da República Espanhola, de 1931. Para uma comparação entre a ordem econômica da Constituição de Weimar e a ordem econômica da Constituição de 1934, vide Marco Aurelio Perí Guedes, *Estado e Ordem Econômica e Social: A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*, pp. 113-138.

27. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. 1, pp. 16-20, e Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, pp. 31-32 e 40-43.

28. Isabel Vaz, *Direito Econômico da Concorrência*, pp. 243-244.

29. “Art. 9º É facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações”.

tências concorrentes, dando ênfase à solidariedade entre a União e os entes federados. Já a cooperação propriamente dita foi inaugurada com os arts. 140 e 177, que tratavam do combate às endemias e às secas no Nordeste.

Todas as Constituições brasileiras posteriores passaram a incluir um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social, em que se tratava da intervenção do Estado na economia e dos direitos trabalhistas. A primeira a romper com essa sistemática foi a Constituição de 1988, ao incluir os direitos trabalhistas em capítulo diverso ao dos Direitos Sociais. Os direitos trabalhistas, no fundo, foram o principal enfoque das inovações da Constituição de 1934, que buscou solucionar a chamada "Questão Social".

A chamada "Questão Social" não surge em 1930. A Revolução, inclusive, não significa o início da legislação trabalhista no Brasil. No entanto, é só a partir de 1930 que ocorre a aceleração e a sistematicidade das leis trabalhistas, encaradas, desde então, como uma política de Estado.³⁰ A quase totalidade desta legislação foi editada durante o Governo Provisório, tendo sido elaborada pela assessoria jurídica do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Oliveira Vianna, Joaquim Pimenta e Evaristo de Moraes Filho), criado, por sua vez, pelo Decreto n. 19.433, de 26 de novembro de 1930. É durante a passagem de Salgado Filho pelo Ministério (entre 1932 e 1934) que o Estado assume a primazia da elaboração da legislação social. O Estado Novo, praticamente, apenas sistematizou a legislação trabalhista existente com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943.³¹

30. Sobre as primeiras leis trabalhistas, as iniciativas de elaboração de uma legislação trabalhista mais abrangente e o movimento dos trabalhadores durante a República Velha, vide, especialmente, Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, pp. 57-62 e 68-94 e a primeira parte do livro Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalho*, pp. 11-14 e 19-146. Vide, também, Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, pp. 191-193; Antônio Carlos Wolkmer, *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*, cit., pp. 44-52; e José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical: Direito, Política, Globalização*, pp. 13-15.

31. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalho*, cit., pp. 146-152, e John D. French, *Afogados em Leis: A CLT e a Cultura Política dos Trabalhadores Brasileiros*, p. 80. Vide, também, Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 184-188 e 278-301. Sobre a legislação sindical do período, o Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931 (primeira lei de sindicalização), que determinou o sindicato único por categoria em cada base territorial e a necessidade do seu reconhe-

Já a constitucionalização dos direitos trabalhistas ocorre, pela primeira vez, na década de 1930, com a Constituição de 1934 (arts. 120 a 123).³² A Carta de 1937 os manteve (arts. 136 a 139), embora proibisse expressamente a greve, atitude classificada como "anti-social" (art. 139). A tradição de 1934 foi retomada também pela Constituição de 1946 (arts. 157 a 159),³³ que restaurou o direito de greve (art. 158), embora mantivesse praticamente toda a legislação trabalhista aprovada durante o Estado Novo, em especial a CLT (que, em boa parte, continua em vigor até hoje).

A interpretação dominante dos cientistas sociais brasileiros, elaborada a partir da década de 1970,³⁴ vê o período entre 1930 e 1964 como uma época em que prevaleciam o clientelismo e a manipulação e cooptação das massas trabalhadoras pelo Estado. Este, por sua vez, teria interrompido o desenvolvimento da luta da classe trabalhadora, que vinha desde a República Velha, subordinando-a aos seus interesses. O corporativismo estatal teria estabelecido um sistema trabalhista repressivo, influenciado pelo fascismo italiano.³⁵

De acordo com John D. French, os adeptos desta corrente interpretativa acabam acreditando na efetivação concreta das intenções au-

cimento pelo Estado, e o Decreto n. 24.694, de 12 de julho de 1934, que permitia uma pluralidade sindical limitada, seguindo o art. 120 da Constituição de 1934, mas que também mantinha o reconhecimento do sindicato pelo Ministério do Trabalho, vide Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, cit., pp. 194-201, e José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 13-14 e 16-17. Outra criação do Estado Novo é a Justiça do Trabalho, regulamentada (pois já era prevista na Constituição de 1934 e na Carta de 1937) em 1939.

32. Para a discussão dos direitos trabalhistas na Assembléia Constituinte e sua incorporação à Constituição de 1934, vide Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 235-247. A título de comparação, sobre os direitos trabalhistas da Constituição de Weimar, vide Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, cit., pp. 729-739, e Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, cit., pp. 353-366.

33. Para a discussão na Assembléia Constituinte de 1946, vide Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 323-336.

34. Os trabalhos clássicos desta corrente são os de Francisco Weffort, posteriormente reunidos no livro *O Populismo na Política Brasileira*.

35. Cf. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalho*, cit., pp. 7-8; Jorge Ferreira, *Trabalhadores do Brasil: O Imaginário Popular*, pp. 14-17; Fernando Teixeira da Silva e Hélio da Costa, "Trabalhadores Urbanos e Populismo: Um Balanço dos Estudos Recentes", in *O Populismo e sua História: Debate e Crítica*, pp. 218-225 e 267, e John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 31-32.

toritárias dos promulgadores da legislação trabalhista durante a ditadura do Estado Novo. Desse modo, limitam-se a qualificar a legislação de "fascista" e entendem que a propaganda e a repressão estatal criaram trabalhadores domesticados e dependentes do Estado. Esta análise não leva em consideração a complexidade e a ambigüidade que marcam a adoção da legislação trabalhista e seu impacto nas relações políticas e sociais da classe trabalhadora.³⁶

Devemos ressaltar, também, que o Estado Novo não foi um Estado fascista, embora o fascismo houvesse influenciado a Carta de 1937 e o regime ditatorial. Foi uma ditadura latino-americana, um Estado autoritário, não um totalitarismo.³⁷ A grande influência ideológica na

36. John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 77-80. Esta interpretação também acaba justificando o mito da "outorga" das leis trabalhistas, criado pelo próprio Estado Novo, segundo o qual o Estado (mais precisamente, Getúlio Vargas) deu as leis trabalhistas em troca do apoio político dos trabalhadores. Outro mito que acaba se reforçando é o da "artificialidade da legislação trabalhista": os direitos sociais foram criados por um governo populista e demagógico para manipular e cooptar o povo, sem haver qualquer possibilidade fática de um país como o Brasil poder garantir tais direitos. Cf. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 162-166, e John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 82-91. Sobre outros mitos políticos criados durante o Estado Novo, vide o capítulo "O Redescobrimto do Brasil", in *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 173-194.

37. Neste sentido, vide a argumentação feita durante a vigência do Estado Novo, pelo constitucionalista alemão, exilado pelo nazismo nos Estados Unidos, Karl Loewenstein, *Brazil Under Vargas*, pp. 369-373. Ainda sobre o suposto caráter fascista do Estado Novo, destacamos as afirmações do historiador José Luiz Werneck da Silva: "Certamente que a inspiração e as intenções explícitas da Carta 'polaca' de 1937, acaço concretizadas, resultariam por hipótese, num Estado totalitário, no limite fascista mesmo, corporativo até. Mas o Estado Novo não foi uma República Corporativa, o que não nos impede de constatar que ele ativou práticas corporativistas que não de permanecer, até a atualidade, no nosso imaginário e em algumas de nossas instituições. Também não foi um Estado fascista, visto que, por exemplo, rejeitou compromisso político com um movimento genuinamente fascista, como o Integralismo, o que não nos impede de constatar que muitos de seus princípios estavam assentes nas ações governamentais. Sabemos que a efetivação integral da Carta 'polaca' de 1937 sempre foi postergada pelo Chefe da Nação e do Estado, o qual, na verdade, governou apoiado na 'legalidade ilegítima' de alguns artigos, particularmente o de número 180, das Disposições Transitórias. Aliás, o arbítrio das nossas Cartas autoritárias sempre se baseou 'legalmente' nas Disposições Gerais e/ou Transitórias, como se comprova, também, nas Cartas de 1967 e 1969. É simples: 1937, 1964-1965, 1967 e 1969 estão doutrinariamente ligados entre si pela genealogia de juristas de filiação autoritária que sempre estiveram de plantão" ("O Feixe do Autoritarismo e o Prisma do Estado Novo", in *O Feixe e o Prisma: Uma Revisão do Estado Novo*, vol. 1, p. 24, grifos nossos. Para uma posição diversa, vide Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 264-278).

elaboração das leis trabalhistas que pode ser detectada foi a do positivismo de Auguste Comte, adaptado ao Rio Grande do Sul pelo líder republicano Júlio de Castilhos, fundador do Partido Republicano Rio-grandense (PRR, o partido de Getúlio Vargas durante a Primeira República). A proposta do positivismo castilhistas era a de uma política de eliminação do conflito de classes pela mediação do Estado, com o objetivo de integração dos trabalhadores à sociedade moderna.³⁸ Proposta implícita na elaboração das leis trabalhistas durante o Governo Provisório e, especialmente, durante o Estado Novo.³⁹

Hoje, as pesquisas realizadas vem desmontando estes mitos, arraigados em vários setores do pensamento social brasileiro, inclusive no pensamento jurídico.⁴⁰ A adesão dos trabalhadores ao populismo e à legislação trabalhista é também entendida como uma espécie de atuação pragmática, visando consolidar conquistas alcançadas e obter novos benefícios.⁴¹ A legislação trabalhista permitiu a imposição de concessões e deveres ao Estado e aos empregadores. A sua utilização é apropriada de modos diferentes de acordo com os vários interesses em conflito. Os direitos trabalhistas não foram entendidos como dádiva, mas como conquista.⁴²

38. Vide, neste sentido, especialmente, Alfredo Bosi, *Dialética da Colonização*, pp. 294-300. Vide, também, Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, cit., pp. 193-194.

39. O texto escrito por Gustavo Capanema, por volta de 1943, para descrever as realizações do Governo Vargas, nunca publicado, e recuperado por Simon Schwartzman, demonstra como esta política anticonflito de classes fazia parte do discurso oficial do Estado, conforme podemos depreender da transcrição do seguinte trecho: "A organização do trabalho no Brasil obedece a uma política, baseada num aparelhamento jurídico-social, que harmoniza perfeitamente os interesses capitalistas e proletários. (...) Empregadores e empregados, embora constituam classes distintas na organização econômica do país, não alimentam, porém, ódios recíprocos nem se defrontam em lutas nocivas à integridade nacional" (Simon Schwartzman (org.), *Estado-Novo, Um Auto-Retrato (Arquivo Gustavo Capanema)*, p. 353. Vide, também, José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 19-22).

40. Para a crítica deste pensamento nos domínios do Direito do Trabalho, vide José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 3-6.

41. Sobre a atuação dos trabalhadores visando obter benefícios do Estado durante o Primeiro Governo Vargas, vide o estudo de Jorge Ferreira, *Trabalhadores do Brasil*, cit.

42. Fernando Teixeira da Silva e Hélio da Costa, "Trabalhadores Urbanos e Populismo: Um Balanço dos Estudos Recentes", in *O Populismo e sua História: Debate e Crítica*, cit., pp. 225-228.

O ponto-chave a ser entendido sobre a legislação trabalhista é a sua vinculação com a cidadania no Brasil. Os direitos trabalhistas, pela intervenção do Estado, deram acesso à cidadania aos trabalhadores, que foram incorporados à política a partir da década de 1930. Deste modo, a cidadania dos trabalhadores, no Brasil, foi alcançada não pelos direitos políticos, mas pelos direitos sociais, definidos por lei.⁴³ É, nas palavras de Wanderley Guilherme dos Santos, uma "cidadania regulada". Isto significa que, a partir da década de 1930, os direitos dos cidadãos são decorrentes dos direitos vinculados à uma ocupação profissional, que, por sua vez, só existem pela regulamentação estatal. O instrumento jurídico que comprova o vínculo do indivíduo com a cidadania é a carteira de trabalho. A extensão da cidadania ocorre pela regulamentação de novas profissões e pela ampliação dos direitos associados ao exercício profissional, ou seja, os direitos trabalhistas.⁴⁴

Esta ampliação, ainda que limitada, da cidadania não foi absolutamente desinteressada. Na realidade, a elaboração da legislação trabalhista e a abertura do espaço político aos trabalhadores devem ser entendidos no contexto de um Estado nacional fraco, com inúmeras divergências e conflitos entre os setores dominantes, que busca, segundo French e Rowland, construir uma base social para firmar o seu poder. Este é um ponto crucial: as leis trabalhistas não foram elaboradas em benefício da burguesia industrial ascendente, embora pudessem atender aos seus interesses, mas para promover, com relativo controle do Estado, a organização e a estruturação da classe trabalhadora nos centros urbanos. Com o apoio dos trabalhadores, o Governo Provisório, sustentado por uma aliança frágil e dividida, poderia superar seus adversários internos. Do mesmo modo que os trabalhadores precisavam do Estado para garantir seus direitos, o Estado necessitava do apoio político dos trabalhadores.⁴⁵

Em vários setores, a legislação trabalhista e sindical favoreceu ou facilitou a mobilização e organização dos trabalhadores, pois a inter-

43. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 6-7 e 10-11.

44. Wanderley Guilherme dos Santos, "A Práxis Liberal e a Cidadania Regulada", in *Décadas de Espanto e Uma Apologia Democrática*, pp. 103-109.

45. Cf. John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 91-92. No mesmo sentido, vide Robert Rowland, "Classe Operária e Estado de Compromisso (Origens Estruturais da Legislação Trabalhista e Sindical)", *Estudos Cebrap* 8/5-40, esp. pp. 23-26, 28-30 e, especialmente, 33-37. Neste sentido, destacamos o seguinte trecho de Jorge Ferreira:

venção estatal contrapôs-se ao poder patronal, que passou a ser limitada por lei. O Estado acabou favorecendo, de forma não intencional, o surgimento de um espaço que poderia ser utilizado (e o foi, muitas vezes) para a organização dos trabalhadores.⁴⁶ O que não significa que este espaço foi conquistado sem lutas. O atrelamento dos sindicatos ao Ministério do Trabalho (que durou até a Constituição de 1988) e a legislação sindical, elaborada, ainda, durante o Estado Novo,⁴⁷ prejudicaram a organização dos trabalhadores, mas não a impediram.

A questão fundamental, na realidade, passa a ser a da efetividade da CLT e o seu cumprimento pelo Estado, por patrões e pela Justiça do Trabalho. A legislação trabalhista teve (e tem) este importante papel: o de criar uma cultura "jurídica" ou "legal" dos trabalhadores. Com a CLT, muitas vezes, o Estado foi utilizado para coibir violações de direitos por parte dos empregadores. Afinal, os trabalhadores não reivindicam nada mais do que o cumprimento da lei. A conquista dos direitos trabalhistas, em última instância, está ligada ao reconhecimento da dignidade dos trabalhadores.⁴⁸

"Antes de defender a tese, insustentável, de que o Estado varguista teve a espantosa capacidade de suprimir todo o conjunto de idéias e valores que circulavam entre os trabalhadores e, pelos meios artificiais de propaganda, imposto a eles crenças alheias às suas vivências, mais profícuo é entender o sucesso do trabalhismo como uma apropriação das mesmas idéias, crenças, valores e expectativas políticas e culturais presentes entre os próprios trabalhadores ainda na Primeira República. Sem uma ampla base de legitimidade, sem os ganhos materiais e simbólicos obtidos por operários e assalariados, a conjugação repressão-propaganda não bastaria para sustentar o reconhecimento dos trabalhadores a Getúlio Vargas em seu primeiro governo e, após a queda do Estado Novo, pouco restaria do prestígio do líder, do trabalhismo e do próprio PTB. Portanto, reconhecimento de valores, identificação de interesses e cumplicidade certamente explicam melhor as relações entre Estado e classe trabalhadora após 1930 do que tão-somente vitimizar os operários, tratá-los como uma categoria facilmente manipulável pelos ditadores e lamentar seus supostos "desvios" (*Trabalhadores do Brasil*, cit., pp. 126-127).

46. John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 32-33.

47. Sobre esta legislação, especialmente o Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939, vide Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, cit., pp. 201-207, e José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 18-19.

48. Fernando Teixeira da Silva e Hélio da Costa, "Trabalhadores Urbanos e Populismo: Um Balanço dos Estudos Recentes", in *O Populismo e sua História: Debate e Crítica*, cit., pp. 231-240 e 271, e John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 57-69 e 72. Sobre o freqüente descumprimento da CLT por parte dos empregadores, vide John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 16-23.

Ainda sobre o capítulo da Ordem Econômica (arts. 135 a 155), a Carta de 1937 determinou que o Estado intervinha na economia para cuidar “dos interesses da nação” (art. 135). A sua inovação foi a criação, nos arts. 57 a 63, do Conselho da Economia Nacional, formado por representantes do governo, industriais, comerciantes, produtores e trabalhadores. Caberia a este Conselho a regulamentação e a organização da economia nacional, bem como a análise das condições de trabalho e da produção nacional.

A Carta de 1937 também buscou fomentar a economia popular, tratando mais enfaticamente da repressão aos crimes contra a economia popular, ao equipará-los aos crimes contra o Estado (art. 141). Este dispositivo foi regulado pelo Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, elaborado por Néelson Hungria, inspirado nas legislações italiana, alemã, argentina e norte-americana. Sua feição era criminalizante, com a tipificação dos crimes contra a economia popular. A configuração e o julgamento desses crimes foram regulados pelo Decreto-Lei n. 1.716, de 28 de outubro de 1939. No Brasil, portanto, o direito concorrencial não nasce como consequência do liberalismo econômico, mas como repressão ao abuso do poder econômico, buscando proteger a população em geral e o consumidor em particular. Com este decreto-lei, pela primeira vez, proibem-se práticas abusivas, como manipulação de oferta e de procura, fixação de preços mediante acordo de empresas, venda abaixo do preço de custo etc. A preocupação principal era com relação aos preços, mais do que com a concorrência em si.⁴⁹

O grande passo na elaboração de uma disciplina legal do direito da concorrência deu-se, ainda no Estado Novo, com a promulgação, patrocinada pelo Ministro Agamenon Magalhães, do Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945, chamado de “Lei Malaia”. Essa norma, de forte cunho nacionalista, definiu as mais importantes formas de abuso do poder econômico, tais como: entendimentos, ajustes ou acordos, visando elevar preços de venda, restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado no sentido do estabelecimento de monopólio etc. Era estabelecido um regime de autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de determinadas empresas, além do registro de outros ajustes e acordos, com interferência no processo de produção e circulação de

49. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, pp. 105-108.

riquezas. A execução da “Lei Malaia” era levada a cabo pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), subordinada ao Presidente da República. A CADE era composta pelo Ministro da Justiça, que a presidia, pelo Procurador-Geral da República, pelo Diretor-Geral da CADE, pelos representantes dos Ministérios do Trabalho e da Fazenda, pelos representantes das classes produtoras e por um técnico em economia e finanças. As funções da CADE eram verificar a existência dos atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas para a cessação dos atos ilícitos apontados e, em caso de não cumprimento das suas determinações, aplicar a intervenção nas mesmas. A sanção aos atos lesivos ao interesse público era a desapropriação das empresas. Esse decreto-lei não durou muito, sendo revogado, curiosamente, poucos dias após a deposição de Getúlio Vargas pelo Exército, ocorrida em 29 de outubro de 1945, pelo Decreto-Lei n. 8.162, de 9 de novembro de 1945.⁵⁰

A Constituição de 1946 consolidou a estrutura cooperativa no federalismo brasileiro, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar de reforçar o poder federal, a cooperação e integração nacional. Foi sob a vigência desta Constituição, na década de 1950, que a “Questão Regional” ganhou importância no debate político nacional, com a concepção de que a atuação estatal e o planejamento eram elementos essenciais para o desenvolvimento, de acordo com as diretrizes elaboradas pela recém-criada CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*). Desde então, todas as Constituições brasileiras têm a preocupação de tentar consagrar instrumentos para a superação das desigualdades regionais.

A Ordem Econômica e Social (arts. 145 a 162)⁵¹ consagrou a intervenção estatal na economia como forma de corrigir os desequilíbrios causados pelo mercado e como alternativa para desenvolver os setores que não interessassem à iniciativa privada. O fundamento da ordem econômica da Constituição de 1946 passou a ser a justiça social, con-

50. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 290-291, e Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, pp. 72-73. Vide, também, Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., pp. 111-114.

51. Sobre a ordem econômica da Constituição de 1946, vide Themístocles Brandão Cavalcanti, “Intervenção da União no Domínio Econômico”, in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, pp. 21-39, e Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 45-60.

sagrando-se a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 145). A continuidade do "constitucionalismo social" é garantida pela Constituição de 1946, embora com recuos,⁵² como foi o caso da reforma agrária. Nas palavras de Hermes Lima: "É oportuno salientar nada haver mais parecido com a Constituição de 1934 que a Carta de 1946. Nas linhas fundamentais do espírito político que imperou na elaboração dessas constituições, elas são praticamente idênticas".⁵³

A defesa da concorrência, no art. 148 da Constituição de 1946, deu início a uma nova fase no direito antitruste brasileiro, cuja ênfase deixou de ser simplesmente a defesa da "economia popular" para ser enriquecido pelo compromisso com a ordem econômica e pela noção de defesa do consumidor. Os objetivos da legislação deixariam de ser meramente repressivos para adquirir caráter preventivo e de orientação da conduta dos agentes econômicos de acordo com os princípios da Ordem Econômica e Social.⁵⁴ A regulamentação do art. 148 da Constituição de 1946 também foi proposta por Agamemnon Magalhães. O seu projeto teve tramitação longa e demorada.⁵⁵ Na década de 1950, chegou-se a considerá-lo dispensável, tendo em vista as Leis n. 1.521 e 1.522, de 26 de dezembro de 1951. Essas leis, para muitos, já regula-

52. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., p. 59, e Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, cit., pp. 411-415. Para uma comparação entre as semelhanças das Constituições de 1934 e de 1946, vide Hermes Lima, "Espírito da Constituição de 1946", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, pp. 14-16, e Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 33-34, 40, 42 e 44-45. Apesar dos recuos, o sentido da ordem econômica e social da Constituição de 1946 foi assim definido por Pontes de Miranda: "Nunca nos esqueça que a Constituição de 1946, na parte econômica, é de inspiração social-democrática. Assim é que deve ser interpretada" (*apud* Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, cit., vol. 4, p. 13).

53. Hermes Lima, "Espírito da Constituição de 1946", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, cit., p. 14.

54. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 57 e 291-293; Tércio Sampaio Ferraz Jr., "Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional", *Arquivos do Ministério da Justiça* 180/175-185, esp. pp. 176-177, e Isabel Vaz, *Direito Econômico da Concorrência*, cit., pp. 249-250.

55. Sobre a tramitação do Projeto de Lei n. 122/48, de autoria de Agamemnon Magalhães, que se tornaria a Lei n. 4.137/62, vide José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro*, pp. 10-14.

vam a contento o dispositivo constitucional, ao qualificar os crimes contra a economia popular e ao criar a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP)⁵⁶ para executar os seus preceitos.

O projeto foi aprovado somente em 1962, convertendo-se na Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, e previa para a prática de abuso do poder econômico a utilização da empresa (toda e qualquer entidade de natureza civil ou mercantil, desde que explore atividades com fins lucrativos) pelo seu titular, pessoa física ou jurídica, como instrumento de obtenção do fim ilícito previsto em seu art. 2º. A lei enumerou todas as formas de abuso do poder econômico de forma taxativa, tornando o seu âmbito de aplicação o mais amplo possível, controlando até mesmo o setor público (art. 18).⁵⁷ Foi criado, então, para apurar e reprimir os abusos do poder econômico, o, agora, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).⁵⁸

É, ainda, sob a vigência da Constituição de 1946 que se manifesta a enorme influência do pensamento da CEPAL no debate político brasileiro, particularmente, entre 1949 e 1964. Com o desenvolvimentismo, o Estado evolui de mero prestador de serviços para agente responsável pela transformação das estruturas econômicas, promovendo a industrialização. Além disso, incorpora-se o Estado ao pensamento social reformador, especialmente a partir do início da década de 1960, quando o desenvolvimento adquire, cada vez mais, um cunho reformista. A própria CEPAL reviu, parcialmente, suas teses, admitindo que apenas a industrialização não solucionaria os problemas sociais latino-americanos. De acordo com as propostas reformistas, a tarefa da América Latina seria acelerar o ritmo de desenvolvimento econômico e redistribuir renda em favor da população. Ambas as tarefas deveriam ser executadas conjuntamente, ou seja, o desenvolvimento econômico não viria antes do desenvolvimento social, mas seriam interdependentes. As transformações na estrutura social, particularmente a reforma agrária, eram necessárias para o desenvolvimento. A questão, no Brasil, deixou de ser a industrialização em si, que já era um processo irreversível com o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek (1956-1961), mas para onde

56. Sobre a origem, estrutura e funções da COFAP, vide Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 234-239.

57. Sobre a fiscalização das empresas públicas realizada pelo CADE conforme a Lei n. 4.137/62, vide Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 451-453.

58. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado ...*, cit., pp. 293-298.

conduzir o desenvolvimento e como solucionar os problemas sociais, notadamente a questão agrária.⁵⁹

O desvirtuamento deste modelo de desenvolvimento, centrado no Estado, que objetivava a formação de um sistema econômico nacional, cujo centro dinâmico e unificador fosse o mercado interno, teve início com o golpe militar de 1964, que depôs João Goulart. Apesar de as Cartas outorgadas de 1967 e de 1969 (esta intitulada de Emenda Constitucional n. 1 Constituição de 1967), em seus capítulos “Da Ordem Econômica e Social” (arts. 157 a 166 da Carta de 1967 e arts. 160 a 174 da Emenda n. 1, de 1969),⁶⁰ preverem o desenvolvimento como fim da ordem econômica constitucional,⁶¹ a preocupação principal dos novos “donos do poder”, ancorados pelos poderes de exceção propiciados pela “Doutrina da Segurança Nacional”,⁶² era aperfeiçoar as condições de funcionamento e expansão da empresa privada nacional e internacional. Os grandes beneficiados foram as empresas, transnacionais e os grandes grupos empresariais brasileiros a elas ligados.⁶³

A política econômica do Marechal Castello Branco, capitaneada por Roberto Campos e Octávio Gouveia de Bulhões, causou a concentração ainda maior do capital. Os salários foram congelados e provo-

59. Octavio Rodríguez, *La Teoría del Subdesarrollo de la CEPAL*, pp. 213-225, e Ricardo Bielschowsky, *Pensamento Econômico Brasileiro: O Ciclo Ideológico do Desenvolvimentismo*, pp. 420-429 e 433-434. Vide, também, os capítulos 2 e 5 deste livro.

60. Para uma análise da ordem econômica da Carta de 1969 (que introduziu poucas alterações, geralmente de forma, à ordem econômica constitucional de 1967), vide Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, pp. 1-45.

61. Vide, especialmente, Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, cit., pp. 69-106.

62. A “Doutrina da Segurança Nacional” dava às Forças Armadas um papel fundamental na estruturação do Estado brasileiro de acordo com os imperativos internos e externos da segurança nacional. Esta foi a expressão máxima do poder militar, que, para assegurar a manutenção ou conquista dos seus objetivos nacionais não hesitou em utilizar a ameaça e a violência contra seus opositores. Essa concepção ampla e abrangente de segurança nacional institucionalizou o chamado “processo revolucionário”, transformando a segurança do Estado em insegurança da sociedade. O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, realçou o papel desempenhado pelos “órgãos de segurança”, que obtiveram considerável autonomia, sem maior controle. Eles mesmos definiram suas regras e objetivos, cuidando da preservação da segurança nacional e estipulando para cada situação o grau de repressão e coerção para eles necessário. Cf. Celso Lafer, *O Sistema Político Brasileiro: Estrutura e Processo*, pp. 117-119.

63. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., pp. 229-242, e Celso Furtado, *O Brasil Pós-“Milagre”*, p. 39.

cou-se a maior recessão até então vista no Brasil. A política de crédito sacrificou as pequenas, médias e até parte das grandes empresas brasileiras. A maioria das empresas nacionais associou-se ou foi absorvida/incorporada pelos grandes grupos nacionais ou transnacionais. A outra alternativa para grande parte das restantes era a falência.⁶⁴

A chamada “modernização” passava pela condenação da “democracia clássica” e a hegemonia da tecnocracia.⁶⁵ O Estado interferiu de modo cada vez mais crescente na economia, principalmente para proporcionar as condições favoráveis ao crescimento e florescimento do setor privado,⁶⁶ particularmente estrangeiro, que obteve inúmeras facilidades de acesso ao crédito para se expandir. A estrutura empresarial do Brasil mudou durante a ditadura militar, com o seu controle nas mãos dos grandes grupos transnacionais, reforçando ainda mais a dependência estrutural da economia brasileira.⁶⁷ Os centros de decisão econômica foram, em grande parte, novamente internacionalizados. A maior contradição do regime ocorria entre a política econômica de favorecimento das empresas transnacionais e os arroubos “nacionalistas” ligados à soberania e à segurança nacional. A grande caracterização dessa retórica nacionalista e prática internacionalizante ocorreu durante o período expansionista do “Brasil Potência”, configurando-se na elaboração dos Planos Nacionais de Desenvolvimento.⁶⁸

As Cartas de 1967 e de 1969 receberam formalmente a Lei n. 4.137/62. Nesses diplomas legais, a repressão ao abuso do poder econômico passou a ter a natureza de princípio da Ordem Econômica e Social (arts. 157, VI, da Carta de 1967 e 160, V, da Emenda Constitucional n. 1/1969). Mas, na prática, a Lei n. 4.137/1962 nunca teve eficácia. De 1963 a 1990, o CADE analisou poucos processos (somente

64. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., pp. 259-276. Sobre o favorecimento às empresas multinacionais pelo regime militar; vide, também, Modesto Carvalhosa, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas – Seu Modelo Econômico*, pp. 40-51, 63-65 e 150-158.

65. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., p. 249.

66. Diz José Afonso da Silva que a estatização no Brasil destes tempos “foi uma espécie de estatização no nível dos interesses das chamadas classes produtoras, o empresariado, os capitalistas” (grifo do autor – José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 781).

67. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., p. 297.

68. Idem, *ibidem*, pp. 288-297. Sobre o planejamento durante o regime militar, vide Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, cit., pp. 40-44, e o Capítulo 3 deste livro.

onze até 1975, tendo detectado abuso de poder econômico em apenas um deles).⁶⁹ A razão da pouca importância dada ao CADE e à legislação antitruste no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 é simples: a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados.⁷⁰

Em função dos interesses das empresas transnacionais, todos os investimentos e a poupança foram canalizados para o financiamento do consumo de grupos de renda alta e média. Os salários foram rebaixados para diminuir os custos e atrair mais empresas estrangeiras produtoras de bens duráveis. Concentrou-se mais a renda para estimular a poupança, o que não deu certo, pelo contrário, causando o aumento do consumo. As empresas públicas e privadas foram estimuladas a captar recursos no exterior, com o Estado assumindo a responsabilidade cambial. Boa parte das deformações atuais do Estado brasileiro são consequência da sua subordinação a um desenvolvimento que patrocinou transnacionais e serviu a uma minoria, reforçando a exclusão da maioria da população.⁷¹

A Constituição de 1988 tem expressamente uma Constituição Econômica voltada para a transformação das estruturas sociais, como veremos adiante. O capítulo da ordem econômica (arts. 170 a 192) tenta sistematizar os dispositivos relativos à configuração jurídica da economia e à atuação do Estado no domínio econômico, embora estes temas não estejam restritos a este capítulo do texto constitucional.⁷² Em sua estrutura, o capítulo da ordem econômica engloba, no art. 170, os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, fundada na valori-

69. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., pp. 126-131, e Otávio Yazbek, "Política Econômica, Legislação Societária e Aplicação do Direito da Concorrência no Brasil", *Revista de Direito Mercantil* 117/136-149, esp. pp. 138-139.

70. Modesto Carvalhosa, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas - Seu Modelo Econômico*, cit., pp. 66-71 e 144-148. Vide, também, Otávio Yazbek, "Política Econômica, Legislação Societária e Aplicação do Direito da Concorrência no Brasil", *Revista de Direito Mercantil* 117/136-149, esp. pp. 140-145.

71. Celso Furtado, *O Brasil Pós-"Milagre"*, cit., pp. 21-89.

72. Concordamos com as afirmações de Eros Grau, para quem a "ordem econômica" não é um conceito jurídico. Ela apenas indica, topologicamente, as disposições que, em seu conjunto, institucionalizam as relações econômicas no texto constitucional, ressaltando-se que nem todas estas disposições estão abrigadas sob o capítulo da "ordem econômica", mas espalhadas por todo o texto. Cf. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 49-65 e 76-80. Para uma análise global da ordem econômica da Constituição de 1988, vide José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 765-807, especialmente pp. 765-791.

zação do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social. Entre esses princípios, podemos destacar, por exemplo, a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego.⁷³ Os arts. 171 (hoje revogado) a 181 versam sobre a estruturação da ordem econômica e sobre o papel do Estado no domínio econômico, instituindo, segundo Eros Grau, uma ordem econômica aberta para a construção de uma sociedade de bem-estar.⁷⁴

Além destes princípios estruturantes, a Constituição de 1988 engloba dispositivos que tratam da ordem econômica no espaço e no tempo. A projeção da ordem econômica e seus conflitos no espaço estão configurados nas disposições sobre política urbana (arts. 182 e 183) e sobre política agrícola e fundiária e reforma agrária (arts. 184 a 191). A projeção da ordem econômica no tempo está disposta no art. 192, que dispõe sobre o "sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito" e inclusive "sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram". O conflito projeta-se no tempo, diferindo a escassez no tempo, pois se define, pelo crédito, como os recursos serão distribuídos, em suma, quem irá receber recursos no momento presente e quem não irá ou quando outros setores terão (ou não) estes recursos.⁷⁵

1.4 A Constituição Econômica: novidade do século XX?

Após esta análise histórica de algumas Constituições Econômicas, a dúvida que permanece é se a Constituição Econômica, que gerou

73. Para uma classificação dos princípios da ordem econômica constitucional, estabelecendo uma distinção entre princípios de funcionamento da ordem econômica e princípios-fim da ordem econômica, vide Luís Roberto Barroso, "A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços", *Revista de Direito Administrativo* 226/189-198.

74. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 264-269.

75. Esta visão estrutural do capítulo da ordem econômica, dividido entre os princípios estruturantes e a ordem econômica no espaço e no tempo, sem perder de vista, obviamente, sua sistematicidade, foi desenvolvida por Luís Fernando Massonetto, a quem agradeço por chamar a minha atenção para estas questões. Vide, ainda, Luís